

《判例評釈》

権力分立と終局判決の再開

—Plaut v. Spendthrift Farm, Inc., 115 S. Ct. 1447 (1995)—

清 都 千 春

一 事件の概要

一九八三年に Spendthrift Farm, Inc. が行った普通株の公募に関して、一九八七年一月二五日、Plautらは、証券取引所法一〇(b)条 (the Securities Exchange Act of 1934, §10(b)) (以下、一〇(b)条とする) に違反する詐欺行為があったとして、同社を相手取り Kentucky の連邦地裁に訴訟した。

正式事実審理前の手続が長引く間に、一九九一年六月二〇日、連邦最高裁は Lampf 判決⁽¹⁾を出した。従来、一〇(b)条に基づく訴訟の出訴期限 (statute of limitations) については、各州法の最も類似した訴訟原因についての出訴期限の規定を借用するのが例であったが、同判決はそれに替えて全国一律のルールを宣言した。すなわち、違反を構成する事実の発見後一年以内で、かつ違反の発生後三年以内に訴訟が開始されねばならないというのである。そして、同日出された Beam 判決⁽²⁾は、連邦法の新たなルールが判決で宣言され当該事件の当事者に適用されたときは、当該ルールは係属中のすべての事件に適用されなければならないと判示した。その結果、本件訴訟には Lampf 判決の示した出訴期限が適用されることとなり、一九九一年八月一三日、地裁は出訴期限を経過しているとして請求を棄却し、これに対し Plaut らは上訴せず判決が確定した⁽³⁾。

ところが、証券取引所法二七A条を追加する一九九一年一月二九日可決の法律は、一〇(b)条訴訟について以下のように規定した。

「二七A条、(a)係属中の訴訟原因に対する効果——

本法「証券取引所法」一〇(b)条により含意され、一九九一年六月一日以前に開始された私人による民事訴訟の出訴期限は、遡及適用に関する諸原則も含めて、一九九一年六月一日の時点で、当該管轄権内で適用される法律により規定される出訴期限とする。

「(b)棄却された訴訟原因に対する効果

本法一〇(b)条により含意され、一九九一年六月一日以前に開始された私人による民事訴訟で、

「(1)一九九一年六月一日以後に、期限が経過したとして棄却されたもので、かつ、

「(2)一九九一年六月一日の時点で、遡及適用に関する諸原則も含めて、当該管轄権内で適用される法律により規定される出訴期限の下では、期限内に提起されたことになっていたのであるものは、一九九一年二月一日から六〇日以内に原告の申し立てにより、復活されるものとする」(「」内は筆者、以下同様)。

一九九二年二月一日、上訴人は、訴訟の復活の申立を行った。地裁は、申立は二七A(b)(1)(2)条の要件を満たしているが、同条は当事者の既得権の違法な収用(taking)であり司法部の権限を侵害するから違憲であるとして却下した(Plaut v. Spendthrift Farm, Inc., 789 F. Supp. 231, 234-235 (E. D. Ky. 1992))。控訴裁は、憲法上の権力分立の歴史的根拠、憲法起草者たちの議論、その後の司法権と立法権の分立に関する様々な事例について広く検討を加え、二七A(b)条は権力分立に違反する司法権篡奪であるとして地判を支持した(Plaut v. Spendthrift Farm, Inc., 1 F. 3d 1487 (6th Cir. 1993))。

- (1) Lampf, Pleva, Lipkind, Prupis, & Petigrow v. Gilbertson, 501 U. S. 350, 111 S. Ct. 2773 (1991).
- (2) B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U. S. 529, 111 S. Ct. 2439 (1991).
- (3) 連邦預金保険公社改革法 (the Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act of 1991, 105 Stat. 2236) の四七六条が、証券取引所法二七A条 (15 U. S. C. §78aa-1, 105 Stat. 2387) となった。

二 判 旨

7 (6+1) 対2で原判決支持

SCALIA 判事による法廷意見

① 本件で提起されている争点は、二七A(b)条は、一〇(b)条訴訟における終局判決 (final judgement) を再開することを連邦裁判所に要求する限りにおいて、憲法上の権力分立、または修正一条のデュー・プロセス条項に違反するかどうかである。前者の方がより狭い論拠であるから、先ずそれについて考察する。

② 憲法三条が禁止するような形で連邦裁判所に對し司法権の行使を要求する立法には、從來、二つのタイプがあった。すなわち、United States v. Klein 判決は、「係争中の事件において政府の司法部門に對し判決のルールを規定する」法律を無効とし、また、Hayburn's Case では、議会は憲法三条の裁判所の判決を執行部門の官吏に審査させることができない、との原則が支持された。しかし、二七A(b)条は、それらの先例に抵触するのではない。

③ けれども、二七A(b)条は憲法三条の前提条件に抵触するのである。憲法三条は、「何が法であるかを宣言する……ことを固有領域とし義務とする」「司法部門」を設置する (Marbury v. Madison)。連邦司法部に与えられたのは、単に事件について判断するだけでなく事件に決着をつける権力である。「司法権は処断的判断を下す権力である」から、「判決が確定的に事件を解決する」のである。連邦議会は、この基本的原則に違反した。

④ 革命前の植民地では、権力混合が普遍的なシステムであった。植民地議会は、衡平法裁判所として機能するのみならず、しばしば法律により司法過程を矯正し、革命期にはその頻度は増加した。

裁判判決に對する立法部の干渉増大への非難が強まり、そのような「憲法的反動」の頂点において、憲法會議は、憲法三条で「合衆国の司法権は、一つの最高裁判所と連邦會議が隨時創設し樹立する下級裁判所に付与される」と規定し、立法部門から独立の司法部門を創設した。

この分立が狙いとした主たる効果は、議会は特定事件において一旦なされた決定を覆すことはできない、ということであった。

憲法批准直後の時期の司法判決は、憲法が裁判所の終局判決への干渉を禁じているとの理解を示しており、当時の州裁判所の認識も同様である。

⑤ 二七A(b)条は、以上の権力分立原則に明確に違反している。遡及立法が、すでに終局判決をみた事件における自己の適用を要求するとき、それはまさに「特定事件において一旦為された決定を覆す」ことに他ならない。

ある意味では、議會は憲法三条の裁判所の判決を常に修正することが出来る。すなわち、上訴審は、下級審判決が下された後に遡及効を有する法律が制定されると、その法律を適用しなければならない。しかし、ひとたび終局的となってしまうと、裁判判決は当該事件・争訟に関する限り司法部門のラスト・ワードとなり、議會が遡及立法により、当該事件に適用される法は裁判所が法であると言った以外の何ものであると宣言することは許されない。

⑥ 二七A(b)条が終局判決を再開する (reopen) のは、特定の訴訟ではなくてあるクラスの事件すべてにおいてであることは関連性がない。本件で権力分立違反があるとすれば、それは、司法判決から終局的効果を奪ったことにあるのであって、その方式、すなわち、一般的効力ではなく特定の効力を以て行動すること (それは議會にとって異例ではあるが不可能ではない) にあるのではない。確かに、本件におけるような一般的法律は、司法判決への立法部の干渉が個人的ひいきによるとの認識を減じるかもしれないが、にもかかわらずそれは司法判決への立法部の干渉である。権力分立の禁止 (separation-of-powers prohibition) の対象は、ひいきではなく、腐敗でさえなく、権力なのである。たとえ最良の理由に基づいていたとしても、立法により個別の終局判決が取り消されるならば、この禁止に違反するのである。そして、四〇個の終局判決が立法により取り消されたときは、四〇回繰り返して違反があるということだ。

⑦ 本件法律以外に、連邦議會が遡及立法により憲法三条の裁判所の終局判決を破棄しようとした事例は無い。

反対意見は、遡及的に終局判決の再開を命じる制定法は立法権行使の通常の産物であるとする。法が一定の理由による判決再開を規定するとき、その制限は判決自体に組み込まれ、その終局性はそのように条件づけられる。しかし、本件で問題になっているのは、判決に対して、それが宣告されたときには存しなかった再開要件を連邦議會が課すことである。反対意見は、そのような連邦議會の行為について、明白な事例を一つも示していない。

遡及的再開規定は至る所に見られるはずだという反対意見の認識は、多分、遡及効に関する法律の推定を反対意見が転倒させて

いることによる。これは、連邦議会がその旨明文で規定しない限り法律は適及的に適用されないとする前開廷期に確認されたばかりの伝統的ルール (Landgraf v. USI Film Products, 114 S. Ct. 1483, 1502-1504 (1994)) に反する。

⑧ 同意意見は、本件で決定的なのは、二七 A (b) 条が「もっぱら適及的」で、「限られた数の個人に適用される」ことであるという。もし連邦議会が、通常の立法過程が備えている「選抜」に対する保障（例えば、将来効と一般的適用可能性）を規定しさえしていたならば、本件は異なったものとなっていたというのである。

二七 A (b) 条が、不利な取扱のために被告を（或いは有利な取扱のために原告を）「選抜」しているというのは事実に反する。しかし、より重要なのは、同意意見の主張が法的に間違っていることである。確かに、二七 A (b) 条により識別されるクラスの訴訟はより広範なものであり得たであろう。しかし、このことがどうして法律を、司法権に対してより侵害的でないものとするのか。その侵害の核心は、議会が個別的でそれ故（同意意見によれば）非立法的様式で行動することにあるのではない。そうではなくて、議会が以前の、権威ある司法的行動を無効とした点にある。

結局、同意意見は、ただ「本件法律は、まさに我が憲法上の『権力分立』の禁止が回避しようとした類の危険を具現するから」という理由でのみ、判決に同意する。しかし、権力分立法理は「構造的な安全装置 (structural safeguard)」であって、特定の害悪又はその危険が確認されたときにのみ適用されるべき救済手段ではない。その主要な特質としては、それは予防的方策であり、高い壁と明確な区別を設けるものである。低い壁と曖昧な区別では部門間対立の興奮の中では司法的に防御できないからである。われわれは、Chadha 判決によって執行行為の議会による無効化に対して与えられたのと同様のカテゴリカルな取扱が相応しいと考える。同意意見が示唆する謎めいた代替策（判決の破棄は、連邦議会が「許容しがたい形で法を適用し、作ろうとしない限り、構わない」）は、疑問を長引かせ、対決を増すのみである。よい垣根がよい隣人を作るのである。

STEVENS 判事の反対意見 (GINSBURG 判事が加わる)

① 法廷意見は、憲法三条の裁判所の終局判決を適及立法により破棄しようとした事例は無いとするが、実は幾つかある。それらの法律の性格は救済的であり、救済的性格の行為は「立法の特有の主題」であって、司法権篡奪の誇りを受けない。それらの救済法律はすべて、終局判決を再開する手続を創設するとともに、一般的に適用される法的ルールを宣言した。

他方、法廷意見が依拠する植民地議会の例では、議會は、何等の法的基準を定めることなく、個別事件で指令を発した。

② 「当裁判所は、憲法が、政府の三部門が『絶対的独立をもつて作用する』ことを要求すると解したことはなかった」。*Morrison v. Olson*, 487 U. S. 654, 683-694 (1988). 当裁判所の判例は「部門間の密閉された区分」ではなくて「権力分立へのマディソンの柔軟なアプローチ」を反映し、「当裁判所は、ある程度諸部門の諸機能を混合するが、増大や侵害の危険を呈さない法律規定を支持してきた」。*Mistretta v. United States*, 488 U. S. 361, 380-382 (1989). 今日の判示は、以上の理念と合致しない。

③ 二七A条は、上述の救済諸法律と幾つかの重要な特質を共有する。それは、訴訟の本案についてなら決定するものではなく、司法的決定への障害を除去するだけだ。非常に重要なのは、二七A(b)条は、あるクラスの判決の再開 (the reopening of a class of judgments) を規律する実体的ルール、および特定の再開申請の許可を決する際に裁判所が適用すべき手続を規定しているということである。このような特質は、典型的に立法的だ。以上の諸要素は、二七A条を「司法的」行為から区別し、その合憲性を確証する。

仮に、連邦議會が、*Lampf* 以前の体制に戻ることを決めていたとしても、法廷意見の理由付けは、二七A(b)条を、許容し得ない「司法」権の行使として退けたことであろう。

④ 法廷意見は、「権力が権力分立の禁止の対象だから」、四〇の事件からなるクラスを再開する立法的命令は単一の終局判決を再開する命令の四〇倍悪いとする。しかし、議會は無条件に判決を再開することを裁判所に命じたのではなく、いずれかの個別事件の適時性の問題を決したのではない。議會は、実体的ルールのあるクラスの訴訟当事者に適用する法律を制定し、そのルールを発動する手続を定め、特定の帰結を個別的司法的決定に委ねただけである——立法権の古典的行使だ。

⑤ 二七A条の提案者は、証券詐欺の犠牲者に裁判所の公正な審理を与えることが目的だ、と言った。二七A条のような、大きなクラスの請求の本案判断に対する不測不正の障害を除去する法律は、「増大や侵害」の危険を何等呈さない。*Mistretta*. この法律は、議會の行き過ぎの危険に対する幾つかのチェックを含んでいる。*Lampf* で最高裁は、立法機能を引き受け、一〇(b)条訴訟に出訴期限を供給した。しかし、最高裁は出訴期間の短縮に通常は伴う移行ルールを採択しなかった。連邦議會は、二七A条でそれらのルールを供給した。その法律は、特定の紛争に対する法的ルールの公正な適用を留意する点で共同する。二つの対等部門の能力を反映している。そのような共同への最高裁の不信は、権力分立を損なう。

⑥ 特定事件の本案の裁判への立法部の干渉はすべて、終局判決の登録前であろうが後であろうが、政治権力が公正な裁判にとつてかわる危険を伴う。二七A条は、特定の事件の復活を命じたり、本案についてなんらかの結果を命じるものではない。

⑦ 政府機構は、その結合部分でわずかの余地しか認められないときは機能しない。三部門は、統治のために共同しなければならぬ。厳格なルールはしばしばよい法を作るが、三つの対等部門間の潜在的対立の審査のような領域における判決は、科学の問題であると同時に技巧の問題でもある。それが、われわれが非常にしばしばJackson判事の洞察を復唱してきた理由である。連邦議会と司法部の相互依存への適切な敬意は、二七A(b)条が司法権篡奪ではなくて建設的な立法的協力を反映するという結論を強く支持する。

BREYER 判事の同意意見

① 連邦議会は、終局判決を再開する憲法一条の下での権限を、少なくとも時々は欠く。二七A(b)条の三つの特質、すなわち、もっぱら適及的效果、限られた数の諸個人への適用、終局判決の再開は、あわせれば、連邦議会が本件で許容しがたい形で法を作り適用しようとしたことを示す。それ故、二七A(b)条は、憲法一条の範囲外になる。しかし、終局判決が立法により取り消されるときは常に権力分立違反であるということを、本件で決する必要はない。

② 権力分立の関心は、一つには、個別事件における独立の裁判官による公平な法適用の保障であり、また一つには、議会が一方的に一人の人に実質的剝奪を課することができてはならない、ということである。

仮に、終局判決を再開する立法が、「選別」に対し通常の立法が備えているような保障、例えば将来効と一般的適用可能性をも規定することにより、本件で関連性のある「権力分立」の関心がある程度緩和するならば、そのような立法は、異なる憲法問題を提起するであろうから、私は法廷意見に与しない。

しかし、本件法律は、そのような緩和的特質をなんら有しない。(議会委員会の資料では、Lamphfに基づき棄却された判決は、わずかに一五個である。)それは、過小包括である。全国の数千の企業に対して、Lamphf以前の出訴期限法によって適時の証券詐欺訴訟を提起でさなかつたであろうその他の人々を除外しているから。確かに、その適用範囲は、これらのクラスアクションにおける多数の潜在的原告に及ぶ。しかし、当該立法は被告に不利であるから、被告の数の方が問題である。そして、その数は、同様の、

カバーされない会社の数と比べて、単一の事件を狙う同様の法と本件法律とを有意義に区別するには、あまりに少ない。

「権力分立」の関連性ある自由保護的諸目的に照らして、本件は、終結した裁判判決を再開する連邦議会の権限に対する制約を示唆する当裁判所の諸判例の文言の範囲に直接に該当する。Hayburn's Case.

③ われわれは、再開自体を、常に決定的区別、部門間の新しい「高い壁」を作る基礎とすべきではない。そのような壁を不必要に作ることは、それ自体、危険である。というのは、憲法は、市民の自由を守るとともに、市民のためにはたらく政府を作り出すために、諸権力 (powers) を分離するとともに、混合するから。Youngstown, 72 S. Ct., at 870 (Jackson, J., concurring).
そして、当裁判所の重要な権力分立判決は、時々、絶対的区分に依拠するのではなくて、程度問題に依拠してきた。

④ 本件法律は、まさにわが憲法上の権力分立が回避しようとした類の危険を具現し、そして、そのような危険を最小限にする通常の保障手段が無いから、私は法廷意見の結論に同意する。

三 解 説

1 事件の争点と先例の解釈

本件出訴期限が問題となった背景には、本件訴訟は「黙示の」訴訟原因に基づいているという事情がある。すなわち、証券取引所法一〇(b)条はその違反を理由とする私人による訴訟を予定するものではなく、従って、そのような訴訟の出訴期限についても当然、なんら規定するものではない。しかしながら、判例はそのような訴訟を認め、それ故、その出訴期限をどうするかという問題が生じた。⁽¹⁾ この点、連邦下級審は、伝統的に各州の最も類似する訴訟原因の出訴期限を借用してきた。しかし、最高裁は、Lampf 判決で全国一律の出訴期限を宣言した。その結果、原告の請求は期限を経過したとされた (Kentucky 州法上、期限を経過していたかどうかは明らかではない)。これに対し、連邦議会は、原告のような状況にある証券詐欺の被害者に裁判を受ける機会を与えようとして、問題の二七A条を制定したのである。

本判決が取り扱った争点は、二七A(b)条は、終局判決 (final judgement) の再開を裁判所に要求する限りにおいて、憲法上の権力分立に違反するかどうかである。ここでいう「終局判決」 (interlocutory judgement) に対するそれという通常の意味あいではなく、上訴を許さない判決および上訴の機会が無くなった判決という意味であり、わが国でいう確定判決にあ

たるものであることが SCALIA 判事の法廷意見から窺われる。また、本件では、終局判決に対して、後から法律でその再開を定めることの可否が争われたのであり、あらかじめ法律で一定の要件の下に終局判決の再開を認めている場合（例えば、わが国における再審のような場合）とは異なる。

各意見に対する評価としては、結論から言えば、先例や二七 A (b) 条に類似するとされる法律の解釈についても、権力分立に関する憲法解釈においても、SCALIA 法廷意見が妥当であるといえよう。

SCALIA 判事の法廷意見は、本件をコントロールする先例はなく、また、二七 A (b) 条のような遡及立法により議会が憲法三条の裁判所の終局判決を破棄しようとした事例はないとする。⁽³⁾ BREYER 判事の同意意見も、SCALIA 判事と同様に、二七 A (b) 条類似の法律の効力を認めた先例は無いとする趣旨のようであるが、⁽⁴⁾ 他方で、本件は終局判決を再開する議会の権限に対する制約を「示唆する」判例の「文言の範囲に直接に該当する」という微妙な表現により、二七 A (b) 条を違憲とする先例が存するという。⁽⁵⁾ しかし、引用されている先例は、主として、Hayburn's Case⁽⁶⁾ およびそれと同様の、裁判所の判断を執行部門に審査させる法律に関わる先例であるから、終局判決の再開を命じる二七 A (b) 条が問題になっている本件とは区別されるべきであろう。

これに対し、STEVENS 判事の反対意見は、二七 A (b) 条類似の法律の効力を支持する先例があり、またその種の法律は広く存在するとの立場をとる。しかし、二七 A (b) 条と同様に終局判決を破棄する遡及立法の効力を認めたとされる Sampeyreac 判決⁽⁶⁾ および Freeborn 判決⁽⁷⁾ は、憲法三条の裁判所ではない領地 (Territory) の裁判所の判決にかかわるから、本件と区別されるべきであらう。

また、Sioux Nation 判決⁽⁸⁾ も、議会が法律により裁判所に対して終局判決の再開を要求できることを確立したものとはいえないであろう。その事件は、居留地を正当な保障なしに収用したことを理由とする合衆国に対する Sioux Nation の請求に関わる。一九七五年の判決で、請求裁判所は、Sioux の請求に理由があるとしたが、同様の請求に対する請求裁判所の一九四二年の棄却判決の判決力が当該請求を排除するとした。これを受けて、一九七八年に議会が制定した法律は、原告の申請に基づき、「既判力ないし争点効 (collateral estoppel) の抗弁について考慮することなく」、本案について判断することを請求裁判所に求めた。この法律は権力分立に違反するとの主張に対して、最高裁は、合衆国に対する請求を排除する過去の判決の既判力を放棄するだけではなく、権力分立違反にはならないとした。つまり、右の法律は、一九七五年の請求裁判所の判決を覆すものではなく、一九四二年の判決を審

査するものでもなく、Sioux に対し「新しい法的権利」を与え、それに基づく請求を審査するためのフォーラムを用意しただけであるというのである。⁽⁹⁾それ故、この判決は、終局判決を再開する議会の権限を確立したものとさえ言えず、SCALIA 判事の言うように、合衆国は訴訟当事者として、自己に有利な判決の既判力の抗弁を放棄できることを確認したものとも見るべきであろう。⁽¹⁰⁾

結局、本件は適及的に終局判決を再開する法律が権力分立に違反するかどうか問われた最初の事件であり、本判決が権力分立についてどのような理解に基づくものであるかが注目される。筆者にとつて興味深いのは、反対意見および同意意見に示された「権力分立」の理解である。そこには、近年のアメリカの議論が反映されているようである。それ故、以下では、主にこの点について検討する。

2 司法権の解釈とその侵害の有無

SCALIA 法廷意見は、裁判所の司法審査権を確認した一八〇三年の *Marbury v. Madison* 判決⁽¹¹⁾を引用して、憲法三条は、「何があるかを宣言する……ことを固有領域とし義務とする」「司法部門」を設置したとする。これは、法廷意見が伝統的な司法権概念をとることを明らかにしたもので、定義的にいえば、司法権とは、事件・争訟を前提に何が法であるかを宣言する国家作用とすることになる。

そして、二七 A (b) 条がこの司法権を違憲的に侵害するかどうかについて SCALIA 判事が着目したのは、司法権は「権力」だ、すなわち、三権の一つだという点である。それは、他の二部門から独立して行使されなければならないし、また対人民的国家作用の一つとして、単に「判断するだけ」でなく、事件に決着をつけ社会関係を取極めるものでなければならないということである。それ故、終局性は、三権の一翼である司法の本質的属性であって一旦終局的となった判決についてその終局性を損なうような他部門の指揮・容喙を認めるわけには行かないのである。以上が、二七 A (b) 条が憲法三条の「前提条件」に違反するということの趣旨であろう。このような SCALIA 判事の議論は、各国家机关の権限やそれらの相互関係について曖昧なまま「権限の共有」を語ったり、あるいは三権の存在を前提としてはじめて生じる国家机关相互の関係における諸権限・諸機能をも無差別に三権の次元の問題とするような後述の「権力分立論」の横行に比すれば、きわめて妥当なものと評価できよう。

他方、STEVENS 反対意見や BREYER 同意意見は、後に見るように、以上の SCALIA 法廷意見の判断についてかみ合った

議論を展開することができないようである。この点、STEVENS 反対意見と同様に議会と裁判所の「権限の共有」を語る第五巡回区控訴裁判所のある判決は、司法部門の憲法上の役割に対する「実際の効果」に照らして二七 A (b) 条は「無害」だという。同条は、事件の最終決着を裁判所に委ねており、「精々……ある争訟がいつ終わるかを言う権限を幾分否定するだけ」であって、議会と裁判所は「ある争訟がいつ終わるかを言う権限を……共有する」というのである。⁽¹²⁾しかし、これは、SCALIA 判事のように権力分立の構造をよく把握した上での議論とは言えないであろう。ことは司法権の存立にかかわる問題である以上、「幾分否定するだけ」と軽々に言うことは出来ないのではないか。独立対等の三部門といっても、各部門の独立性に対する実定憲法の態度は一律ではなく、裁判官の身分保障にも示されるように司法権の場合には特にその独立性に対する配慮が必要と解すべきである。「ある争訟がいつ終わるかを言う権限」を否定することは、それを言うことをも含めて法を宣言することを任務とする裁判所の權威を大いに傷つけることになるのではないか。それは、剣も財布も持たない裁判所⁽¹³⁾に対する適切な配慮とは言えないであろう。

3 権限分配の混乱

STEVENS 反対意見は、法廷意見が本件法律は権力分立違反であるとするこの趣旨が理解できないようである。STEVENS 判事は、二七 A (b) 条が「立法」であることをひたすら強調することによって、法廷意見への反論を試みる。それは、「立法」であって「司法的行為」ではないから、「司法権篡奪」ではなく合憲である、というのである。彼がこのように言うのは、法廷意見は二七 A (b) 条を「司法権」の行使とする、と彼が考えているからであろう。

しかし、法廷意見についての STEVENS 判事のこのような理解は、全くの誤解としか言いようがない。二七 A (b) 条が「立法」であることは、SCALIA 法廷意見にとっても自明の前提であろう。法廷意見が言っているのは、二七 A (b) 条が「司法的」行為であるから違憲であるということではなく、二七 A (b) 条は司法権に対する侵害だ、ということである。二七 A (b) 条は立法であるが、憲法上の権力分立原則から見て許されないかたちで司法権に干渉・容喙するものであるから違憲である、というのが SCALIA 法廷意見の立場であろう。

逆に、立法であれば違憲の謗りを免れると考える STEVENS 判事の議論は、何を意味するのであろうか。立法でありさえすれば違憲にはならないなどは、通常は言えるはずがない。にもかかわらず言えるとするれば、そこでは、まったく分離・隔絶し完全

に無交渉の部門間関係がイメージされているのではないか。しかし、それは、STEVENS判事自身が否定したところの、「絶対的独立をもって作用する」政府の三部門ないし「部門間の密閉された区分」のごときものではないか。それは、後述の彼の「柔軟な分立」観とどう接合するのでしょうか。

権限分配の問題、すなわち、政府の三部門のそれぞれにいかなる作用がその部門の権限として配分されるか、要するに「立法」「司法」「執行」とは何か、の点についても、STEVENS 反対意見は理解しがたい混乱を示す。

先ず、「立法」についてであるが、二七A(b)条が立法であるとする際に、STEVENS 判事はその論拠として、二七A(b)条が実体的「ルール」の規定であることほかに、救済的性格の行為という「立法の特有の主題」について規定するものであることを挙げ。しかし、後者の論拠は不適切であろう。合衆国憲法一条一節冒頭の規定（この憲法により与えられるすべての立法権は、合衆国連邦議会に付与される）を権限分配規定と解する限り、そこに言う「立法」をその「主題」によって定義することは出来ないであろう。「救済的性格の行為」が何であれ、そのような「主題」についての国家行為は、裁判所によっても、執行府によっても行われることはないか。⁽¹⁴⁾

次に、「司法権」の把握についても、重大な問題を指摘できる。STEVENS 判事は、「司法権」について、法廷意見のような積極的定義は示さず、他方で、Lampf 判決は「立法機能」を行うものであるとする。文字どおり受け取れば、これは、司法権について伝統的理解とは異なる見地に立つことを示唆するだけでなく、彼の権限分配論は果たして実定憲法上の権力分立の解釈論と言えるのかという疑問すら提起できよう。つまり、STEVENS 判事は、いったいいかなる意味で「立法」あるいは「司法」の語を用いているのか疑問なのである。もちろん、なんらかの理論的見地から Lampf 判決を「立法」と認識することは可能なのかもしれない。しかし、本件で問題になっていることは、そのようなことではないはずである。憲法が国家作用を「立法」、「執行」、「司法」に大別し、それぞれ別個の機関に担当させるとしているのであるから、そのことを前提とする限りは、「立法」や「司法」の概念を構成するに際しても、そのような憲法の構想が可能となるようになされなければならないはずである。もし Lampf 判決が「立法」であるとするなら、裁判所が行う国家作用のかなりの部分が立法ということになり、合衆国憲法はそもそも不可能事ということになりはしないか。とりわけ、合衆国の裁判所が司法審査権を有し、また判例法の伝統があることを考えると、一層そのように言えるのではないか。因みに、本件訴訟の根拠である一〇(b)条自体、本件のごとき訴訟を認めていないにもかかわらず、最高

裁はそれが「含意されている」としたのである。

4 「柔軟な」権力分立

権力分立と権限分配に関する以上の混乱ないし不適切な理解を示しつつ、他方、STEVENS 判事は、Mistretta 判決を引用して、権力分立への「柔軟なアプローチ」を唱え、本件法律には「増大や侵害 (aggrandizement or encroachment)」の危険が無いから合憲であるとする。

確かに、Mistretta 判決は、それが何を意味するのかはさて置き、「三部門が完全に分離し別個でなければならぬ」という観念は排除し、「ある程度諸部門の諸機能を混合するが増大や侵害の危険を呈さない法律」を支持するという。しかしながら、他方で、「三つの一般的な部門が他部門の直接、間接のコントロールないし強制的影響力から完全に自由でなければならぬ」とし、「他の諸部門間に分散されるのがより適切な諸権力を一部門に集中したり、いずれかの対等部門の権限と独立を損なう法律の規定を無効とすることを当裁判所は躊躇しなかった」とする⁽¹⁵⁾。Mistretta 判決が指摘する権力分立判例におけるこの二つの契機は、Mistretta 判決自体においては一体的に「柔軟なアプローチ」として把握されているのに対し、一般には、権力分立に対する異なるアプローチと解されているようである。後に見る、「柔軟なアプローチ」ないし「機能主義的アプローチ」対「形式主義的アプローチ」という把握である。

Mistretta 判決は、その「柔軟な権力分立観」(flexible understanding of separation of powers)を活気づけてきたのは「侵害と増大」への関心であるとする。結局、それが、問題とされる法律が右の二つのカテゴリーのいずれにあたるのかを分かつ決め手だということのようである。従って、STEVENS 判事は、本件法律を「増大や侵害」の危険の無いものであるとして正当化しようとする。しかし Mistretta 判決の右の一般論を前提とするのであれば、「ある程度諸部門の機能を混合する」というのは、行政委員会のような場合⁽¹⁶⁾には理解できるが、本件の場合はどうなるのか。いったい、何と何がどのように混合されているというのであろうか。また、法廷意見の立場は、敢えて、右の Mistretta 判決の枠組みで考えれば、本件法律は「対等部門の権限と独立を損なう」というものであろう。SCALIA 判事は Mistretta 事件では反対意見を書いており、このような枠組みを採るのではないだろうが、本件と Mistretta 事件とともに法廷意見に加わった O'CONNOR 判事と KENNEDY 判事の立場はそのようなもので

あろう。さらに、STEVENS 判事と他の判事のこのような食い違い自体、*Mistretta* 判決における右の一般論の提示が果たしてどれほど有意義なものであるかを疑わせるものと言えよう。

STEVENS 判事が、本件法律には「増大や侵害」の危険が無いとする理由は、それが、大きなクラスの請求の本案判断に対する不測不正の障害を除去する法律であり、「紛争への法的ルールの公正な適用を用意する」法律であることに求められるようである。他方、「増大や侵害」の危険がある例としては、終局性の否定を含む個別事件への介入が挙げられている（また、「*Lampf* 判決以前の法の下で適時になされた」との認定無しで、無条件に訴訟を復活することも疑わしいとされるようだ）。それは、政治権力が公正な裁判にとってかわる危険を伴うという。

このような STEVENS 判事の議論は、権力分立をその背景をなす目的、ないしその他の諸価値に解消する傾向を示していると言えよう。先ず、「大きなクラス」という論拠については、問題とすべきは、議会の行為形式の如何（一般的効力を有する法律であるか、個別的効力を有する法律であるか）ではなくて、司法部門に対する侵害の有無であるという趣旨の SCALIA 法廷意見による批判が適切であろう。そもそも、STEVENS 判事が掲げる「増大や侵害」の危険という関心も、本来、他部門との関係に向けられたものであったはずである。にもかかわらず、同判事は、それを、法律の一般性への要求にすり替えてしまっている。次に、不測不正の障害の除去という点について言えば、STEVENS 判事の議論は、結局、*Lampf* 判決は不正（本件原告のような証券詐欺の被害者に本案判断を得る機会を保障しないという意味で）あり、二七 A 条はそれを是正する公正な法律である、ということに尽きる。しかし、それは、煎じ詰めれば、SCALIA 判事が暗に批判したように、良い目的であれば、権力分立違反ではないということになりはしないか、この点でも、司法部門に対する侵害の有無の問題が、ある種の「公正」観念に基づく要求の問題に解消されている。他方、「政治権力が公正な裁判にとってかわる危険」というのは、権力分立のいわゆる制度目的にかかわる次元の問題であろう。

権力分立をその制度目的やその他の諸価値に解消する傾向は、BREYER 同意意見ではより顕著である。彼は、先ず、権力分立の「関心」を強調する。つまり、権力分立の採用はいかなる状況を狙いとし、またはいかなる事態を忌避しようとするものであるのかという、権力分立の目的およびそれに関する考慮である。そのうえで、彼は本件二七 A (b) 条を権力分立違反とするが、それは、ただ、二七 A (b) 条が「憲法上の権力分立が回避しようとした類の危険を具現する」から、という理由に基づく。それ故、そのよう

な危険が緩和されるならば、「法廷意見には与しない」というのである。つまり、権力分立違反かどうかということよりも、権力分立の背景をなす目的ないし考慮に反するかどうかということが判定基準とされているのである。

このような BREYER 判事や STEVENS 判事の議論は、権力分立を前提とする限り、根本的に批判されるべきであろう。いうまでもなく、権力分立は、自由の擁護や権力濫用の防止等の一定の政治的諸目的を有する組織原理である。しかし、権力分立の権力分立たる所以は、それがそのような政治目的のための組織原則であることに求められるのであって、そのような目的自体とは区別されるべきである。権力分立は、自由それ自体の保障ではなくて、SCALIA 判事の言葉を借りれば、自由が踏みにじられることのないように採られた「予防策」なのである。権力分立の採用により、憲法は、一定の目的のために、国家作用を、制度上、立法、司法、執行に大別し、この三作用をそれぞれ独立の国家機関に委ね、また、これらの国家機関の組織・構成や国家機関相互の諸関係についても、そのような目的に照らして定めていえると言えよう。つまり、憲法は、一定の諸目的のために、特定の手段、つまり、国家諸機関と諸権限についての特定の配置を採用したと言えよう。まさに、SCALIA 判事が言うように「構造的安全装置」というべきであろう。BREYER 判事や STEVENS 判事は、憲法のルールとして規定されたそのような特定の配置・構造に照らしてことを決めるのではなくて、その背景をなす目的ないし考慮の問題として処理しようとするものであり、憲法解釈論としては不適切であらう。

5 「柔軟な」権力分立と JACKSON 判事

権力分立をその制度目的その他の諸価値に還元しつつ、STEVENS 判事は、「三部門は統治のために共同しなければならない」から、「連邦議会と司法部の相互依存への適切な敬意」を払って二七 A (b) 条を合憲とすべきである、という。また、BREYER 判事は、憲法は、「諸権力 (powers) を分離するとともに混合する」から、終局判決を再開する法律は常に権力分立違反であるとすべきではないという。このような無原則的とも言える「共同」や、権力の「混合」、あるいは権力の「共有」を内容とする「柔軟」な権力分立観を説くのが、一種の流行の観を呈している。

このような「権力分立」観の源流とされ、しばしば引用されるのが、鉄鋼接取事件⁽¹⁸⁾における JACKSON 判事の同意意見である。その事件で問題となったのは、朝鮮戦争時に、ストライキの恐れに対して操業を継続するために、民間のたいていの製鋼所

(steel mill) を接収しようとして出された「Ruman 大統領の大統領命令の効力であった。すでに、議会は、このような接収を行う権限を大統領に与えることを明確に拒否しており、議会の意思に明確に抵触する接収命令を発する大統領の権限の存否が問題となったのである。BLACK 判事による法廷意見は、その事件におけるような接収は「立法者の仕事」であって、憲法上、「立法権」(“law-making power”)は議会に与えられているという理由から、当該大統領命令の執行を差し止める地裁の命令を支持した⁽¹⁹⁾。今日では、なぜか、この法廷意見は不人気であり、「Black 判事の厄介な多数意見」などと評される。対照的に、JACKSON 判事の同意意見は、現在では高い評価が与えられるようになった⁽²⁰⁾。その同意意見の中で、「柔軟な」分立の根拠として引用されるのは、以下の部分である。

「我が憲法下での統治の現実の技術は孤立した諸条項あるいは文脈から切り離された単一の条規に基づく、その各部門の司法的定義とは合致せずまたし得ない。憲法は、自由をよりよく守るために権限 (power) を分散するが、それはまた実践が分散された諸権限 (powers) を実行可能な政府 (workable government) へと統合するであろうことを予定している。憲法は、その各部門に、分離とともに相互依存を、自律とともに相互作用を命じている。」⁽²¹⁾

これに続けて、彼は、「大統領の諸権限 (powers) は、固定されているのではなく、連邦議会の諸権限との分離あるいは結合によって変動する」と述べて、大統領の権限の存否が問題とされる「実際の状況のやや単純に過ぎる分類」を以下のように提示する。

① 大統領が連邦議会の明示又は含意された授權に従って行動するとき、彼の権限 (authority) は最大となる。というのは、それは、彼が本来持っているすべてに連邦議会が委任できるすべてをプラスしたものを含むからである。

② 大統領が、議会の権限付与もなしに行動するとき、彼が依拠することができるのは自己の独自の権限 (powers) のみであるが、しかし、大統領と議会が「共に権限を有するかもしれない (may have concurrent authority)」ないしは権限の分配が不確実な (uncertain) 黄昏の領域 (zone of twilight) が存在する。それ故、連邦議会の不活動、無関心、ないし沈黙は、少なくとも実際問題としては、独立の大統領の責任に基づく措置を招くのではないとしても、可能とすることが時にはあるかもしれない。この

領域では、権力についてのいかなる現実のテストも抽象的法理論ではなくて事物と現代の計り知れない物事の命ずるところに依拠する可能性が強い。

③大統領が明示又は含意された議会意思と両立しない措置を執るとき、彼の権限 (power) はもつとも少ない状態にある。というのは、その場合、彼は自己の憲法上の諸権限 (powers) からその問題に対する議会の一切の憲法上の諸権限を引いたもののみに依拠できるから²⁶⁾。

以上に示した JACKSON 判事の議論の最初の文章は、統治の現実が法解釈と一致しないというだけの趣旨であれば、そのような場合にどう対処すべきかという問題についての JACKSON 判事の答がどうであれ、それ自体は法解釈の問題ではないであろう。他方、憲法の特定の条項や文言を解釈するにあたり、憲法典ないし憲法体系全体の中でのその位置づけを無視したり、解釈が求められているところの具体的状況を考慮しないことを戒める趣旨であれば、JACKSON 判事は、法解釈に際しての当然の基本的な心構えを示しただけであると言えよう。次の文章は、「実行可能な政府」を否定する何か特定の議論に向けられたものであれば格別、それ自体としては取り留めのない一般論と言うべきであろうか。その次の「分離とともに相互依存……」という部分も、権力分立についてきわめて一般的な記述にとどまり、それ自体としては当然のことを言っているに過ぎない。つまり、憲法は、独自の権限を有する三部門の存在を前提として、部門間の相互関係について各種の規定をおいていると考えられるからである。

JACKSON 判事の議論のうち、以上に検討した部分を、STEVENS 判事はその「柔軟な権力分立」の根拠として引用するが、きわめて一般的で取り留めのない根拠と言うべきであろう。また、以上の部分では、BREYER 判事の説く権力の「混合」という要素も一見したところでは見あたらないようである。

では、「大統領の諸権限は、固定されているのではなく……」以下の部分はどうか。ここでも、JACKSON 判事は、一般的で曖昧である。②の「黄昏の領域」とは、どのようなものであろうか。権限分配の不確実な領域であるという意味では、理解しうる。しかし、「共に権限を有する」というのはどういう意味か。権限を「共有する (share)」²⁷⁾という意味に解したとしても、そのこと自体も明確であり、具体的にどのような事例を指すのか、理解しがたいのではないだろうか。しかし、JACKSON 判事の記述のその後の部分とその脚注などからみて、「共に権限を有する」とは、権限分配が「不確実」であるということと同じことを指して

いると思われる。「黄昏の領域」にひき続き JACKSON 判事が指摘するのは、「それ故、連邦議会の不活動、無関心、ないし沈黙は、少なくとも實際問題としては、独立の大統領の責任に基づく措置を招くのではないとしても、可能とすることが時にはあるかもしれない」ということである。これは、ある権限の帰属が不明確である場合に、議会がその権限を行使しなければ、大統領がその権限を行使し、そのような大統領単独のイニシアティブによる措置が通用することが「實際問題としては」あり得るということであろう。また、この部分の脚注での引用のうち、唯一 JACKSON 判事の注釈が付されている事例は、憲法が一定の状況下での人身保護令状の停止を黙示的に認めているが停止権者を示していない場合（憲法一条九節二項）に、Lincoln 大統領がそれは執行府の機能であると主張し、結局議会はその大統領の行為を法律で追認したというものである⁽²⁵⁾。また、鉄鋼接収事件自体の争点について、JACKSON 判事が、「道具はそれを用いることが出来る者のものである」というナポレオンの言葉を引きつつ、非常事態についての立法権は議会にあると言つてよいのかもしれないが、議会自身のみが権限がその指の間からすり抜けることを防止できると強調したことも留意されるべきであろう。

このようにみてくると、JACKSON 判事の議論は、権限分配問題が現実の政治過程においてはどのように処理され推移してゆくかという点に向けられたものと言えよう。しかし、そうすると、「共に権限を有する」というのは、ありがちな政治の現実についてのリアルな認識の記述とは言えても、解釈論の次元の問題ではないことになる。つまり、それは、憲法が権限の共有を命じているということではないであろう。それは、憲法上、権限分配が不明確である、つまり、当該権限がいずれの国家机关の権限であるか直ちに決しがたいということを事実として示すにとどまるのであろう。従つて、後に言及するところの、憲法は権限の「共有」や「混合」を規定したという議論とは異なり、また、憲法は諸権力を分離するとともに混合するということを論拠とする BREYER 判事の同意意見を裏付けるものではないと思われる。

もっとも、JACKSON 判事の議論の趣旨を以上のように解すると、③は、解釈論としては、不正確な表現ということになる。つまり、この場合には、大統領は「自己の憲法上の諸権限からその問題に対する議会の一切の憲法上の諸権限を引いたもの」に依拠でき、「大統領の諸権限は、固定されているのではなく、連邦議会の諸権限との分離あるいは結合によって変動する」ということを文字通り受けとめると、「議会は一定の場合に執行府の固有の権限を制限できる」ということになろう。しかし、憲法上、特段の定めのない限り、大統領の固有の権限とされたものを他者が制限できるとするのは背理であらう。JACKSON 判事の言い方

によれば憲法上の大統領権限から差し引かれたことになる部分というのは、憲法解釈としては、結局、大統領権限ではないということになるのではないか。もちろん、このように言うことは、当初の時点においては、その部分も大統領権限であるとする解釈の成立可能性を否定することにはならないし、また、その後の事態の推移の如何によっては、そのような解釈が定着し、その部分も大統領権限となり得たであろう可能性を否定するものではない。

6 権力分立への「機能主義的アプローチ」

(一) STEVENS 判事や BREYER 判事が鉄鋼接収事件における JACKSON 判事の同意見を引用しつつ「柔軟な権力分立」を説いた背景には、最近のアメリカにおける権力分立論の顕著な動向があるように思われる。それは、形式主義 (formalism) 対機能主義 (functionalism) という枠組みによる権力分立論の把握である。すなわち、例えば、最高裁の権力分立判例について、Bowsher 判決や Chadha 判決は形式主義的アプローチであり、Mistretta 判決や Schor 判決は機能主義的アプローチを採用、などとされる。そして、このような把握をする論者は、おおむね、機能主義的アプローチを支持する。

この二つのアプローチがそれぞれどのようなものであるかは論者により異なるが、そのおおよその漠然とした傾向を素描することは可能である。

形式主義は、政府の諸部門の分離という概念と結びついていると言われる。それは、三部門ができるだけ分離すべきことを強調し、権力分立問題の判定にあたっては、問題とされている行為が三部門のいずれの作用とされているかを見ることが鍵であるとす。また、それは、過度に文言に固執する (literal) 憲法解釈により政府の効率を犠牲にすると批判される。

他方、機能主義は、部門間の抑制均衡と結びつくと言われる。それは、諸権力の分離だけでなく混合の必要も強調し、権力分立問題の判定にあたっては、一部門が他部門の主要な機能の効果的行使を妨げたかどうかを注意深く検討すべきだと主張する。また、それは、自己の個人的判断を憲法の明確に述べられた要件にとって換えると批判される。⁽²⁸⁾

(二) 機能主義的アプローチにおいては、権力の「共有」ないし「混合」ということがしばしば語られるようであるが、それはどのようなものであろうか。

Alfange は、起草者たちは、権力分立に厳格に固執することなく、抑制均衡のシステムを作るために、「他部門に属する方がよ

り適切と思われるような諸機能を、各部門に配分した⁽³⁰⁾という。すなわち、憲法は、立法権、執行権、司法権を、それぞれ、議会議、連邦裁判所に配分したが、同時に、「他のいずれかの部門の権限 (authority) の範囲に該当すると思われるような一定の諸権限 (powers)」を各部門に与えたとし、「憲法起草において、権力分立論は明白に放棄された⁽³¹⁾」という歴史学者 MacDonald の所説を引用する。右の諸権限とは、下院の弾劾権、上院の弾劾裁判権、大統領による官吏任命に対する上院の助言と同意、大統領の条約締結権、非常事態における大統領の両院招集権、両院不一致の場合の大統領の議会休会権、大統領拒否権、議会の授權がある場合の裁判所の任命権などである。⁽³²⁾つまり、本来他部門の権限であるものが各部門に与えられている、ということが Alfange の「諸権限の共有ないし混合 (the sharing and blending of powers)」の意味であるようだ。⁽³³⁾そして、彼によれば、J. Madison は、「The Federalist」の中での「諸権限の混合」に再三にわたり言及したという。⁽³⁴⁾しかしながら、憲法上定められた権限としては、例えば、「立法権」は「立法権」であり、「大統領拒否権」は「大統領拒否権」であるとしか言いがたいのではないか。それらが、本来同じ権限であると言うことも、なんらかの基準により国家諸機関の諸権限を識別すればあるいは可能であるかもしれないが、そのような基準は実定憲法制度のとは異なる見地から措定されたものであろう。従って、そのような基準により、大統領拒否権や条約締結権は立法作用であると言っても、それは実定憲法上の「立法」の解釈とは異なるものである。

Alfange と同様の発想は、比較的多く見受けられる。例えば、彼が依拠する Neustadt の有名なテーゼがそれである。すなわち、Alfange は「憲法制定後の展開においても、起草者たちが構想した以上に純粹の分立が実現されたわけではなく、権力分立というのはシステムの現実の不適切な記述であるとし、Neustadt の言う、「諸権力を共有する分離した諸制度からなる政府 (a government of separated institutions sharing powers)」⁽³⁵⁾というのが政治学者間で支配的な見解であると指摘する。⁽³⁶⁾しかしながら、Neustadt のこの命題は、彼自身が示唆するように、実定憲法解釈の次元の主張ではない。この命題の根拠の一つは、Eisenhower 大統領が拒否権行使に際して自己を立法過程の一部であると考えたことにあるようであり、Neustadt によれば、議会は権限と資金の配分者であると同時に行政過程の一部でも⁽³⁷⁾ある。そうすると、右の命題に言う「権力」とは、法的権限を指すのではなく、「他者の行為に対する効果的影響力の意味で」⁽³⁸⁾用いられていると思われる。

Sunstein も、先の MacDonald の所説を引用しつつ、権力分立という觀念は憲法システムの特徴付けを誤ったもの (mischaracterization of the constitutional system) で、それは抑制均衡の見地から理解されるべきであると⁽³⁹⁾する。三部門は重複する諸

機能を有し、各部門はある程度他部門の活動に関与させられており、「分立」の語はこの事実を覆い隠す傾向があるという。彼は、「重複するコントロール」の例として、Alfange の言う「諸権限の混合」と同様の諸規定を挙げる。⁽⁶⁾

Alfange や Sunstein の言う「諸権限の共有」ないし「混合」や「重複する諸機能」という議論は、既に述べたように実定憲法の解釈論とは言い難いが、さらに憲法起草者たちの議論とも異なると言えよう。なるほど、Alfange が指摘するように、J. Madison は「The Federalist」において、「諸権力 (powers)」を「混合する (blend)」という問題について論じている（因みに「共有」についての言及は無い）。すなわち、「New Jersey 邦憲法は、政府の異なる諸権力を上述のとれよりも混合している。知事は、行政首長であるが、議会により任命され、……」⁽⁴⁾という記述である。しかし、ここにいる諸権力の「混合」とは、それ以外の箇所における「混合」と同様の趣旨であろう。すなわち、以下のような記述は、J. Madison がいかなる意味で「混合」の語を用いているかを端的に示していると言えよう。

「New York 邦憲法は、この主題「権力分立」についてなんらの宣言も含まない。しかし、異なる部門を不当に混合することの危険に注意して作られたものであることはきわめて明白と思われる。にもかかわらず、それは、執行府の長に、立法部門に対する部分的コントロールを与え、さらに司法部門にも同様のコントロールを与え、このコントロールの行使において執行部門と司法部門を混合させているのである」⁽⁴⁾。

つまり、ここで J. Madison が言っているのは、「部門」の混合なのである。⁽⁴⁾それは、言い換えれば、部門間の相互関係をどう構成すべきかという問題であって、Alfange や Sunstein が言うような、諸権限、諸機能を諸部門が共に行使するということは意味あい異なる。従って、この「部門」の混合の問題として取り扱われる事柄は、Alfange や Sunstein の諸権限・諸機能の混合・共有・重複の問題よりも広く、先の引用にも示されるように、執行部門の長の立法部による選定も含まれる。⁽⁴⁾無論、Alfange が指摘するように、J. Madison は、この部門間関係の問題を、主として、アメリカ諸邦における政治的経験をふまえた抑制均衡の見地から処理すべきであると考えたのであろう。しかし、それは、J. Madison にとって、三作用の分立を前提として出てくる問題である。すなわち、彼は、「The Federalist」第四八篇において、次のように言う。

「それ故、理論上、その性質により立法的、執行的、あるいは司法的というように、権力の各分類を識別した後、次のもつとも困難な仕事は、他部門の侵害に対するなんらかの実際の保障を各部門に与えることである。この保障がどうあるべきか、解決され

るべき大問題なのである」⁽⁴⁴⁾。

この問題に対する回答の一つが、三部門の「混合」であった。

「……これらの諸部門がそれぞれ他部門に対する憲法上のコントロールを与えられるべく結合され(connected and blended)なければ、この公理「権力分立」が自由な政府に必須のものとして要求するような分立は決して実際には適切に維持されない……」無論、このような「混合」、すなわち部門間の相互関係には、各部門の諸権限、諸機能という要素も含まれる。しかし、それについては、「The Federalist」では、右の引用にもみられるように、周到にも、「コントロール」の語が充てられている。決して、例えば、「立法権」とそれに対する大統領の停止的拒否権について、後者も前者と同じ性質の権限であるとか、あるいは、両者は重複する機能を有するというような把握はなされていないといえよう。他方、Alfange や Sunstein にあっては、三作用の分立の問題であるのか、その分立を前提にしてはじめて出てくる各部門間の相互関係の問題であるのか、国家の対外的作用であるのか対内的作用であるのかということとは無関係に、様々な局面における国家諸機関の諸権限や諸機能が抑制均衡の見地から「混合」、「共有」、あるいは「重複」として把握されているのである。

Sargentich は、憲法起草時の権力分立についての論争の概略はよく知られているが、「Madison の抑制均衡は、政府の諸部門の間の本質的分離、特に立法部門と執行部門の間に決定的に依存するという観念はあまり強調されない」という⁽⁴⁵⁾。してみると、Alfange や Sunstein のような、国家諸機関と諸権限の配置についての、ある意味ではきわめて平板な把握が、あるいは、現在のアメリカでは一般的なのかもしれない。そして、また、そのような把握が指し示す「権力分立」は、実定憲法制度としてはおよそ実現不可能なものようである。Alfange は、「論理的に突き詰めると、それ「権力分立論」は、部門間の一切の共同を排除し、それ故、必然的に、社会的諸目標の達成を損なう」という⁽⁴⁷⁾。このような権力分立観に基づき、彼は、先に見たように、合衆国憲法は権力分立を放棄したという。しかし、わずかな七箇条中、最初の三箇条が、それぞれ、立法、執行、司法部門への権限付与規定で始まる合衆国憲法が権力分立を放棄したものであるとすれば、権力分立を採用した憲法など実際問題としてはあり得ないことになる。このような Alfange の主張は、「権力分立」として論者が勝手に観念したところを批判する独り相撲⁽⁴⁸⁾というべきであらう。

STEVENS 判事と BREYER 判事は、先に見たように、「分離とともに相互依存」を語る鉄鋼接收事件における JACKSON 判

事の同意意見に依拠するから、右の「独り相撲」的な権力分立観に立つものではないようである。しかし、BREYER 判事について言えば、いったいかなる意味で「混合」を語るのかは不明である。また、混合であれ、抑制均衡であれ、相互依存であれ、あるいは STEVENS 判事の言う「共同」ないし「協力」であれ、憲法上、三部門はまったく無交渉ではなく、部門間になんらかの相互関係が存在するからといって、そのような関係についての特定の主張が正当化されるとするのは論理の飛躍であろう。つまり、諸部門の「混合」を題目として唱えるだけでは、本件法律は正当化されない。問題は、憲法上、どのような部門間の相互関係があるのか、そもそもその前提としてどのような分立があるか、要するに実定憲法上の権力分立はどのような相貌を示しているのかであり、そのこととの関係において、本件法律の正当性が判定されねばならないはずである。しかし、既にみたように、STEVENS 判事と BREYER 判事の議論はそのようなものではないようである。

(三) 形式主義対機能主義という枠組みを採る論者は、往々にして、国家諸機関と諸権限の憲法上の配置についての既にみたような平板な把握に立脚しつつ、他方で、権力分立をその目的その他の諸価値に解消する傾向を示す。Sunstein によれば、機能主義的アプローチは、権力分立問題を、「中心のとみなされるべき憲法のコミットメント」が損なわれるかどうかによって判定しようとする。憲法のテキストと起草者たちの意図は関連性はあるがハード・ケースではあまり決め手にはならず、決定的役割を果たすのは「基本的構造的諸原則 (the basic structural principles)」である⁽⁴⁹⁾。この「基本的構造的原則」とは、「国権の分配 (the distribution of national powers)」が専制に対する保障手段として機能する仕方の考察より得られるもの⁽⁵⁰⁾のようであり、具体的には、「法律の画一的執行、派閥政治 (factionalism) の回避、利己的なし無責任な代表に対する保護、及び統治における討議の促進」⁽⁵¹⁾であり、あるいは、法の支配、制限政府ないし法律への被治者の同意、統治における安定⁽⁵²⁾である。

このようなアプローチの問題点は、Sunstein 自身も認めるように、「憲法のコミットメント」の認識、およびそれが侵害されたかどうかの判定の双方において、大きな不確実性が伴う⁽⁵³⁾ことにある。実際、例えば、Brown は、この「憲法のコミットメント」については、Sunstein のとは関連性はあるが異なる認識に立つようである。彼女は、個人的権利の保護、とりわけ、政府による公平な取扱ないし「秩序ある自由 (ordered liberty)」が権力分立法理を活気づける原則たるべきであり、最高裁は個人のデュープロセスの利益に対する制度の潜在的効果を考慮すべきである⁽⁵⁴⁾という。さらに、彼女は、専制の防止ないし個人の権利保護ではなく、諸部門自体の制度的利益の増進を強調する傾向があるとして最高裁を批判する。しかし、その理由は、最高裁が、権力

分立は他部門を犠牲にした一部門の侵害や増大に対する保障手段ととらえているから、⁽⁵⁵⁾ といふのである。このような議論は、結局、国家諸機関の法的権限の維持を否定する暴論というべきであろう。

また、論者は、Brown に依拠しつつ、本件 SCALIA 法廷意見は、カテゴリーカルなアプローチにより専制に対する個人の自由保護という権力分立の主要目的を損なうものであるとする⁽⁵⁶⁾。そして、STEVENS 反対意見の機能主義は個人の自由を問題にするのではなくて他部門への侵害の有無を問題にする点において法廷意見と同様であると批判し、結局、BREYER 同意意見のアプローチが妥当であるとする。しかし、BREYER 同意意見は、市民の自由に対する脅威の評価の点で問題があるとする。つまり、BREYER 同意意見は政府の行為がもたらす危険を、二七A(b)条の一般性と将来効の欠如にみるのに対して、論者は「Lampf 判決の異常に過酷で不正な結果」にみるのである。⁽⁵⁷⁾ BREYER 判事と論者の食い違いは、まさに、Sunstein が指摘したように、権力分立問題の判定を権力分立の政治目的その他の諸価値に基づく判定に解消する議論の恣意的とさえ言える不確実性を示していると言えるのではないだろうか。

本稿は、主に STEVENS 判事と BREYER 判事の意見をその背景にある議論ないし潮流との関わりで検討してきたが、以上に垣間みたアメリカの権力分立論の現状を前提とすれば、本判決は、形式主義対機能主義という議論に新たな一頁をつけ加えることになるのであろう。しかし、このような議論の全体像の検討については他日を期したい。

(1) See Lampf, Pleva, Lipkind, Prupis, & Peligrow v. Gilbertson, 115 S. Ct. 2773, 2783 (1991) (Scalia, J., concurring in part and concurring in the judgement).

(2) 判旨に示した通り、SCALIA 判事は「司法権の行使を違憲的に要求する法律の二つのタイプに言及する。

第一のタイプにかかわる Klein 判決は、南北戦争中に接収された財産の回復を求める訴訟を提起する資格要件につき、大統領の恩赦は、反乱の支持者でないことという要件を充足するとの判例が確立している場合において、大統領の恩赦は原告が反乱を幫助したことの証明であるとして管轄権の欠如を理由として請求を棄却すべきことを裁判所に命じる法律が問題とされた事件に関わる。判決は、法律が単に特定クラスの事件における上訴の権利を否定するだけであれば格別、問題の法律は恩赦に対して最高裁の諸判決が認めている効果を否定する目的のための手段に過ぎず、係属中の訴訟において司法部門に対し判決のルールを規定するものであり、権力分立違反である旨判示した。See United States v. Klein, 13 Wall. 128 (1872).

SCALIA 判事は、Klein 判決が、その後の判例で、議会が適用法規を修正する場合について規律するものではないとされており、本件はそのような場合に該当する旨指摘する。115 S. Ct. at 1452-53.

第二のタイプに関する Hayburn's Case, 2 Dallas 409 (1792) は、判例集に掲載されているが、判例ではない。一七九一年のある法律は、退役軍人の年金請求の判定を巡回裁判所に委ねたが、裁判所の判断は陸軍大臣による審査と停止、および議会による修正に服するものとされていた。幾つかの巡回裁判所は、その法律により命じられた仕事は司法的性質のものではなく、憲法三条の合衆国の司法権の範囲内にはないから、年金申請について裁判所が判定すれば違憲になること、この法律は権力分立と司法の独立に反することなどを内容とする書簡を大統領に送った。Pennsylvania 区の巡回裁判所に対して、Hayburn 某の年金申請の処理を求める職務執行命令訴訟が司法長官により提起されたが、裁判所は次の開廷期までこの申立を熟慮するとし、結局、一七九三年に議会が法律を修正したので判決は下されなかった。

SCALIA 判事は、二七 A (b) 条は、そのいかなる適用例においても関与するのは裁判所だけであり、他部門の官吏が裁判判決を直接に審査するのではないとして、同条と第二のタイプとを区別する。115 S. Ct. at 1453.

(3) 連邦議会は、憲法三条にいう裁判所とは異なる裁判所、すなわち立法院の裁判所 (legislative court) を設置することができるとされる。それが最初に認められたのは、Sampeyreac 事件 (後掲注(6)参照) におけるような領地 (Territory) の裁判所である。See American Insurance Co. v. Canter, 1 Pet. 516 (1828). それは、要するに行政機関であり、その裁判官は憲法三条の身分保障を欠き、その裁判権は憲法三条にいう「司法権」ではない。

(4) BREYER 判事は、STEVENS 判事が二七 A (b) 条類似の法律の効力を認める先例であるとする Sampeyreac 判決等は本件と区別されるとする。115 S. Ct. at 1466.

(5) 引用された Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman S. S. Corp., 333 U. S. 103 (1948) は、民間航空局による、民間国際航空路線の開設に必要な証明書の交付決定に関わる。証明書を付与するか否かの決定を裁判所が審査することが法律で定められていたが、法律の運用上、裁判所の判断は大統領により審査されるものとなっていた。最高裁は、もし裁判所がそのような審査を行えば、それは「最も忌むべき形での」勧告的意見を与えることになるから、裁判所がそのような審査をすることはできないとした。

(6) Sampeyreac v. United States, 7 Pet. 222 (1833).

この事件は、フランスに対する条約上の義務を履行するため、1824年のある法律が、Arkansas 領地において土地に対する諸権利を確定する作業を領地の裁判所に委ねたことに関わる。裁判所の命令において Sampeyreac の権原が確定され、一年後にこの命令は終局的となった。しかし、一八三〇年のある法律は、右の1824年の法律に基づく裁判所の命令を審査する手続を定め、これにより Sampeyreac の権利を認めた先の命令は破棄された。最高裁判決は、破棄が相当であることの理由として、Sampeyreac が架空の人物であったことを強調し、それ故、彼は

先の命令の当事者ではなく、その命令は無効であり、権原は合衆国にあったとする。Id. at 239.

(7) *Freeborn v. Smith*, 2 Wall. 160 (1865).

この事件が誤審令状により最高裁に係属している間に、Nevada領地は一八六四年に合衆国に編入され州となった。しかし、このとき、連邦議会は、Nevada領地の裁判所からの上訴あるいは誤審令状により連邦最高裁に係属している事件の処理についてなら規定しなかった。が、一八六五年のある法律により、この事件および同様の事件について連邦最高裁が審査する手続を定めた。最高裁は、右の法律はこの事件における救済を停止しているところの障害を除去するだけであると見た。

(8) *United States v. Sioux Nation*, 448 U. S. 844 (1980).

(9) Id. at 467-407.

(10) See 115 S. Ct. 1458-59.

なお、STEVENS判事は、他方で「二七A(b)条は、Sioux Nation事件における一九七八年の法律と「同じ境界線」を守り、判決の終局性に干渉するものではないとするが、強弁としか言いようがないだろう。本件の場合、合衆国は一〇(b)条訴訟の当事者ではないのである。See id. at 1471.

(11) 1 Cranch 137 (1803).

(12) *Pacific Mut. Life Ins. v. First Republic Bank*, 997 F. 2d 39, 54 (5th Cir. 1993).

(13) *The Federalist* No. 78, at 490 (Benjamin F. Wright ed. 1961).

(14) STEVENS判事は「」では、Freeborn判決(前掲注7)に依拠している。つまり、Nevadaの合衆国への編入時に最高裁に係属する事件の処理について規定しなかったという遺漏を是正する法律は、当時者が以前には有していなかった救済を彼に与えるものだといふのである。See *Freeborn v. Smith*, 2 Wall. 160, 174-175 (1865). しかし、この法律に基づき個々の事件を処理する裁判所の行為も救済を実現するものであって、その意味では救済的行為と言えないのではないか。

(15) *Mistretta v. U. S.*, 109 S. Ct. 647, 659-660 (1989).

(16) *Mistretta*で問題になったのは、量刑に関する拘束力あるガイドラインの制定のほか、保護監察官によるガイドラインの実施を追跡調査するなどの権限を有し、議決権を有する七名の委員(少なくとも三名は連邦の裁判官から選ばねばならない)と司法長官またはその指名する者から構成され、独立委員会とされる量刑委員会(the United States Sentencing Commission)である。また、引用されている判決は、*Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U. S. 833 (1986) 及び *Morrison v. Olson*, 108 S. Ct. 2597 (1988) である。前者は、独立行政委員会である先物取引委員会に関わり、後者は「コロンビア区巡回控訴裁判所により任命され、正当な理由のない限り罷免さ

なるべき憲法解釈に照らしてある。

- (17) See Rebecca L. Brown, Separated Powers and Ordered Liberty, 139 U. Pa. L. Rev. 1513, 1528 (1991); Sargentich, *The Contemporary Debate about Legislative-Executive Separation*, 72 Cornell L. Rev. 430, 438 (1987).
- (18) *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579 (1952).
- (19) *Id.* at 587-588.
- (20) Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573, 636 (1984).
- (21) See, e. g., Elliot, *Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal*, 57 Geo. Wash. L. Rev. 506, 526 (1989).
- (22) 343 U. S. at 635.
- (23) *Id.* at 635-638.
- (24) *Fisher, Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, in Levy, Karst, Mahoney eds., *Encyclopedia of the American Constitutional Law* 2085 (1986).
- (25) 343 U. S. at 637 n. 3.
- (26) *Id.* at 654.
- (27) Krent, *Separating the Separation of Powers Controversies*, 74 Va. L. Rev. 1253, 1295 n. 177 (1988).
- (28) 田淵ハツ子氏 “formal approach” 訳 “functional approach” “formalist approach” 訳 “functionalist approach” 及び 藤々田龍太郎氏 “de-evolutionary approach” 訳 “evolutionary approach” “neoclassical approach” 訳 “pragmatic approach” “originalist interpretation” 訳 “non-originalist interpretation” “judicial literalism” 訳 “judicial interpretation” 及び 藤々田龍太郎氏 “judicial literalism” 訳 “judicial interpretation” “judicial literalism” 訳 “judicial interpretation”.
- (29) See, e. g., Krent, *supra* note 26, at 1254; Sargentich, *supra* note 17, at 433; Brown, *supra* note 17, at 1513, 1527-1528, 1254; Gwyn, *The Indeterminacy of the Separation of Powers and the Federal Courts*, 57 Geo. Wash. L. Rev. 474, 475 (1989); Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 Harv. L. Rev. 421, 493-496 (1987).
- (30) Dean Alfange, Jr., *The Supreme Court and the Separation of Powers: A Welcome Return to Normalcy?*, 58 Geo. Wash. L. Rev. 668, 668-669 (1990).
- (31) F. McDonald, *NOVUS ORDO SECTORUM* 258 (1985).

- (32) Alfange, Jr., *supra* note 30, at 672.
- (33) *Id.* at 676-677.
- (34) *Id.* at 678.
- (35) Neustadt, *Presidential Power* 33 (1960).
- (36) Alfange, Jr., *supra* note 30, at 669.
- (37) Neustadt, *supra* note 35, at 33.
- (38) *Id.* at 198 n. 1.
- (39) Sunstein, *supra* note 29, at 430 & n. 30.
- (40) The Federalist No. 47, *supra* note 13, at 340.
- (41) *Id.*
- (42) それ以外の箇所でも、同様の用語法である。
 「……各権力部門 (several departments of power) は、形式上の均整と美観をすべて破壊し、統治機構 (edifice) の不可欠の部分の或ものを他の部分により押しこめられる危険にさらすような仕方では分配され混合されている (are distributed and blended)」。 *Id.*, at 336 (No. 47).
 「New York 邦憲法は、この主題『権力分立』についてなんらの宣言も含まない。しかし、異なる部門を不当に混合することの危険に注意して作られたものであることはをわめて明白と思われる。にもかかわらず、それは、執行府の長に、立法部門に対する部分的コントロールを与え、さらに司法部門にも同様のコントロールを与え、このコントロールの行使において執行部門と司法部門を混合させているのである」。 *Id.*, at 343 (No. 48).
 また「mixture」の語についても、同じ意味あいでも用いられている。
- (43) また、第7篇では、New Hampshire 邦憲法について、次のように述べる。「……従って、その憲法は、幾つかの点において、これらの諸部門を混合している。……結局、執行部門の長自身、毎年立法部門によって選ばれ、彼の評議会は、毎年立法部のメンバーから互選される……」。 *Id.* at 339.
- (44) *Id.* at 343.
- (45) *Id.*
- (46) Sargentich, *supra* note 17, at 437.
- (47) Alfange, Jr., *supra* note 30, at 670.

- (48) 小島和司「権力分立」『日本国憲法体系 第三卷 統治の原理』一八九頁（昭和三八年）。
- (49) Sunstein, *supra* note 29, at 495.
- (50) *Id.* at 433-434.
- (51) *Id.* at 495-496.
- (52) *Id.* at 433-436.
- (53) *Id.* at 496.
- (54) Brown, *supra* note, 17, at 1516.
- (55) *Id.* at 1518.
- (56) The Supreme Court 1994 Term—Leading Cases, 109 Harv. L. Rev., at 235 (1995).
- (57) *Id.* at 237-238.